Aplicação de um moderno princípio doutrinário

(A CONST. FED. DE 1937: ART. 174 E 180)

Fernando Henrique Mendes de Almeida
(do Dep. Jurídico da Prefeitura de São-Paulo, sócio correspondente do Instituto do Ceará)

1 — A velha divisão dos poderes, que, em suma, significa, à mais breve análise, um processo racional de divisão do trabalho, desde há muitos anos vinha sendo reprochada pela melhor estirpe de juristas europeus (Cina Vitta, "Nozione degli atti amministrativi"; "L'azione del cittadino contro la púbblica amministrazione", de Cammes; "Instituzione di Diritto Púbblico", de Oreste Ranelletti; Orlando, "Principii di Diritto Amministrativo"), excluindo os exageros dos propulsores da admissão do contencioso (Macarel, "Cours d'Administration"; Perriquet, "Les Contrats de L'État"; Laferrière, "La jurisdiction administrative"). O que se impunha, em síntese, era uma revisão do princípio de Montesquieu, segundo o qual os poderes da Soberania se limitavam estanquemente, em virtude de tê-lo adotado a Revolução Francesa. Mas a experiência provou que a própria França não se utilizou do princípio, quando, caindo em exagero contrário, transformou o Conselho de Estado, de orgão consultivo, em germe de uma jurisdição artificiosa, baseada na antiga discriminação dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão.

Ora, não nos retardemos em considerações bizantinas de todos conhecidas e existentes nas obras essenciais sobre o assunto, dentre as quais destacamos, na literatura nacional, as do Visconde de Uruguai e de Sousa Bandeira e, na atualidade, o estudo histórico do "Conselho do Estado" do Império, escrito por Tavares de Lira.

Como-quer que seja, não é possivel ver na divisão de Montesquieu um canon irredutivel na prática.

Já a Constituição do Império, ainda que risivelmente, forjara pelo Art. N.º 98 o Poder Moderador, ao mesmo tempo que, com o desprestígio de Pedro 1.º, o Ato Adicional iria abolir o antigo Conselho de Estado do Império.

A Constituição de 1891, só por só, não criou o contencioso do Tribunal de Contas. Contudo, admitiu que o Senado adquirisse feição judicante, quando do julgamento do Presidente da República, contanto que ao julgamento fosse presente o Presidente do Supremo Tribunal Federal (Art. N.º 33). Havia aí uma contrariedade passageira do princípio da Divisão dos Poderes. Noutros pontos da Constituição de 1891, iguais desvios do princípio de Montesquieu são caracterizados.

A Constituição de 1934, louvando-se em lei ordinária (Decreto Federal N.º 15.770 de 1 de Novembro de 1922), pelo Art. N.º 99, deu plenos poderes de jurisdição ao Tribunal de Contas.

O que houve, em tudo isso, foi: de um exagero fazer outro.

Onde, porem, o princípio de Montesquieu foi inteligentemente reduzido? Na Const. Federal de 1937.

É bem de ver o que magistrados não lidos ou causídicos de última hora andam a dizer: que tal ou qual decreto-lei federal é inconstitucional, por que revoga a Const. de 1937.

Esse pressuposto não encontra calado na técnica da Constituição de 1937.

Se não, vejamos.

2 — Desde Guizot até ao rudimentar Aumaitre, se tem admitido que as constituições ou são rígidas ou não são rígidas. As primeiras se alteram pelos processos parlamentares, com o princípio do **quorum** e tantos outros peculiares à técnica com que elas se redigem; as últimas se revogam por simples lei ordinária ("Droit Constitutionnel", Aumaitre, pgs. 7 e 8).

A Constituição de 1937 é de tipo não rígido.

Exprime uma organização em experimentalismo, que, mediante a feição cíclica, pode transformar-se. Por que?

3 — Agora ao que há.

Dispõe o Art. N.º 174: "A Constituição pode ser emendada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados."

Nenhuma outra exigência de forma alí se lê.

Donde se segue que, não existindo a Câmara, pode alterá-la, emendá-la, ou reformá-la o Chefe do Poder Executivo.

Como, perguntaremos, pode sê-lo? Baixando decretos-leis não matérias da competência legislativa da União, dentre as quais consta o poder de **emendar,** reformar ou alterar a própria Constituição.

4 — Restaria somente uma dúvida. Os decretos-leis que vem revogando implicitamente a Constituição, como, por exemplo, o de

N.º 1.907, de 1939, sobre as heranças jacentes, não indicam a intenção do legislador de com eles revogar a Constituição, pois se baixam pelo Art. N.º 180 e, não, estribados no Art. N.º 174.

Esse argumento não colhe. A verdadeira hermeneûtica é a que não se apega somente à intenção do legislador, mas ao que de fato um texto entende.

Ninguem dirá, pois, que, reunindo os poderes executivo e legislativo no Presidente da República, a Constituição Federal não conciliou bem a velha tese de que a divisão clássica dos poderes, compreendida como um dogma, não passa de uma regra inusitada.